

CAROLA PAGLIARIN

LA SOCIETÀ AUTOSTRADE COME
CONCESSIONARIA DI PUBBLICO SERVIZIO

Estratto da:

IL DIRITTO DELLA REGIONE

(RIVISTA BIMESTRALE DELLA REGIONE DEL VENETO)

N. 1-2 GENNAIO-APRILE 1997



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

1997

CAROLA PAGLIARIN

LA SOCIETÀ AUTOSTRADALE COME CONCESSIONARIA DI PUBBLICO SERVIZIO

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il servizio pubblico. - 3. La concessione di costruzione ed esercizio. - 4. La concessione di sola costruzione. - 5. Rapporti tra convenzione e concessione. - 6. Natura della concessione autostradale. - 7. Il servizio autostradale. - 8. La responsabilità del gestore di autostrada. - 9. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

La rete autostradale del Veneto viene percorsa da un notevole traffico veicolare, in primo luogo per il suo alto livello di sviluppo economico e industriale, secondariamente per essere il passaggio obbligato nei collegamenti tra l'Italia e l'Est dell'Europa.

Le condizioni del sistema viario non sembrano rispondere alle esigenze che derivano da queste circostanze, anzi alimentano lo scontento che serpeggia in quest'area del Paese a causa dell'incapacità dell'amministrazione di garantire il funzionamento di servizi pubblici ad un livello adeguato alle necessità della crescita imprenditoriale. Tenendo sempre presente che è la ricchezza prodotta dai cittadini, attraverso il prelievo fiscale, a consentire la prestazione di pubblici servizi, dovrebbe risultare evidente a chiunque come questi ultimi non debbano costituire un elemento di freno, ma di aiuto per l'espansione delle attività economiche.

Di qui le richieste sempre più pressanti di interventi per il miglioramento della viabilità. In questo senso non si pensa solamente alla costruzione di opere atte a decongestionare il traffico, ma anche a soluzioni in vista di una maggiore sicurezza degli utenti. Si pensi in primo luogo alla frequente presenza di nebbia in questa zona del Paese, fenome-

no atmosferico che troppo spesso purtroppo è causa di tragici incidenti.

Tristi eventi che portano con sé anche aspre polemiche sull'esistenza di responsabilità addebitabili alle istituzioni addette alla pubblica sicurezza o alla stessa società concessionaria. Si contesta, ad esempio, il mancato esercizio dei poteri di chiusura del tratto interessato dalla fitta nebbia, oppure si rimprovera di non aver ottemperato ai doveri di vigilanza.

Data l'incidenza di queste problematiche sullo sviluppo e sulla sicurezza della circolazione autostradale nel Veneto (ma certamente si tratta di questioni che hanno un interesse generale), si ritiene opportuno precisare alcuni concetti che attengono ai compiti propri della Società Autostrade e il contenuto stesso dell'espressione Servizio pubblico autostradale.

L'attività del concessionario di autostrada è stata poche volte oggetto di analisi dottrinali e per di più raramente le varie questioni che si possono presentare sono state trattate in modo unitario.

In molti casi, anzi, la figura del gestore autostradale viene appena sfiorata, mentre spesso è portata, senza il necessario approfondimento, come esempio di istituti di ordine generale. Si pensi alle nozioni di pubblico servizio, di concessione di opera pubblica, o ancora alla formula della concessione-contratto.

Inoltre, sia la giurisprudenza sia gli autori che hanno trattato organicamente della figura del concessionario autostradale non si sono preoccupati di coordinare le diverse problematiche: la natura della concessione autostradale, il servizio pubblico autostradale e la responsabilità del gestore nei confronti degli utenti.

Si riscontra, infatti, una tendenza a prendere in esame un unico aspetto dell'attività del concessionario mantenendo in ombra gli altri, se non tralasciandoli del tutto.

Per essere più precisi, si pensi a tutti i risultati a cui si è pervenuti in tema di responsabilità per sinistri causati da carente manutenzione dell'autostrada.

A tal fine si è dato per scontato che la Società Autostrade svolgesse un servizio pubblico, a prescindere dalla natura (contrattuale o extra-contrattuale) che si volesse riconoscere poi al danno.

Allo stesso modo, analizzando la natura della concessione (nello stabilire quale fosse il soggetto proprietario dell'opera e pure nel riflettere

se ci si trovi di fronte ad un servizio pubblico), non si è approfondito l'aspetto della responsabilità e la natura del pedaggio. In particolare, non sono state tenute in adeguata considerazione né la disciplina positiva né lo stato delle elaborazioni giurisprudenziali.

Tenuto conto di tali premesse si è tentato di affrontare, sia pure brevemente, i diversi temi e di confrontare i risultati dei dibattiti svolti.

Viene in luce, in primo luogo, la nozione stessa di servizio pubblico; poi, la figura della concessione autostradale (riflettendo necessariamente, da un lato, sui concetti di concessione di costruzione ed esercizio e concessione di sola costruzione; dall'altro, sui rapporti tra provvedimento concessorio e annesso negozio di convenzione); infine, si darà conto delle problematiche relative alle responsabilità connesse alla gestione delle autostrade.

A tutto questo si guarderà tenendo presente che la situazione storica e culturale è radicalmente mutata in questi anni.

Di fronte ad un'Italia con una considerevole rete autostradale già ultimata, in cui si richiedono interventi per attuare le privatizzazioni e si mira a garantire una maggiore efficienza non possono valere evidentemente osservazioni compiute quando diverse erano le esigenze e le linee del sistema.

Va fin d'ora, però, sottolineata la mancanza di chiare disposizioni normative a cui fare riferimento.

Da tale situazione di vuoto deriva la necessità di ricorrere ai principi generali per la soluzione delle singole questioni, in base ai quali, comunque, vengono formulate diverse ricostruzioni teoriche tra loro contrastanti.

2. Il servizio pubblico

Per qualificare la figura del concessionario autostradale ci si deve accertare di poter davvero a tutt'oggi continuare a sussumere la concessione, in forza della quale opera, nell'ambito di una fattispecie di concessione-contratto.

Quest'ultimo è, infatti, il modello che serve come base per l'analisi degli stessi compiti del gestore dell'autostrada. L'importanza di tali riflessioni risulta evidente solo che si pensi come proprio partendo da questa analisi si traggano argomenti per risolvere la questione se far rientrare

la concessione autostradale nell'ambito delle concessioni di costruzione ed esercizio oppure in quello delle concessioni di semplice costruzione.

Solo soffermandoci sulle mansioni che sono esercitate dal concessionario autostradale si potrà dire se egli svolga alcune attività per cui valga la qualifica di servizio pubblico, o se, invece, il così detto Servizio autostradale sia solo un'espressione enfatica di modo che la Società Autostradale non potrebbe configurarsi come concessionaria di pubblico servizio.

I risultati così raggiunti hanno dei riflessi anche nell'ambito delle responsabilità del gestore nei confronti degli utenti. Si pensi che se si dovesse riconoscere che la concessione autostradale è assimilabile ad una concessione di sola costruzione e che il gestore non svolge alcun pubblico servizio, l'utente utilizzerebbe l'opera pubblica esercitando il diritto sul bene, mentre il dovere di manutenzione ed esercizio dell'opera sarebbe solo nei confronti della Pubblica Amministrazione. In tal modo la responsabilità verso gli utenti si configurerebbe come extracontrattuale.

Si devono, allora, porre le basi per affrontare la questione di fondo: e cioè se davvero l'attività del gestore dell'autostrada si possa qualificare come esercizio di un pubblico servizio. Da ciò dipende, lo si è detto, il più esatto inquadramento della problematica di cui si discute.

Va innanzi tutto sottolineato che la stessa nozione di servizio pubblico, in realtà, non è di facile individuazione ⁽¹⁾.

La dottrina tradizionale lo individua in tutte quelle attività della pubblica amministrazione che non possono qualificarsi pubbliche funzioni. È chiaro, perciò, che tale definizione risulta accettabile solo nei limiti in cui si possa delineare con precisione quest'ultimo concetto. Il quale, al contrario, risulta sfuggente a causa delle accezioni improprie dello stesso termine funzione ⁽²⁾.

⁽¹⁾ A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, 551 s., avverte come pur essendo ancora valido un approccio volto alla definizione del concetto di servizio pubblico, quella relativa ai servizi pubblici sia ormai una vera e propria questione istituzionale: «appare evidente che le questioni dei servizi pubblici e della tutela delle posizioni soggettive con essi connesse non possono essere risolte con formule meramente definitorie; al contrario, esse attengono direttamente alla vita dei cittadini ed alla loro sfera di libertà, sia quando questi si presentano come fruitori dei servizi pubblici, sia quando, nel quadro del 'ritorno al privato' che sembra contrassegnare i nostri giorni, gli stessi cittadini si presentano come soggetti che intendono assumere l'esercizio dei servizi pubblici, in forma imprenditoriale».

⁽²⁾ Sul concetto di pubblica funzione M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 3 s.

Le elaborazioni svolte in sede penale non aiutano molto a gettare luce su questo punto.

Come giustamente non si è mancato di osservare ⁽³⁾, i risultati raggiunti in tale materia non sono sensibili in campo amministrativo, non solo perché rispondenti ad esigenze diverse, ma in quanto, in ultima analisi, lo stesso giudice penale non dimostra una particolare sensibilità nel delineare gli istituti propri di questa branca del diritto.

Va detto, però, che le Sezioni Unite della Corte di cassazione ⁽⁴⁾ hanno avuto modo di sottolineare come non vi sia una totale estraneità tra i due ambiti, sostenendo che alla distinzione tra servizio pubblico e funzione pubblica può ritenersi basata sulla ricorrenza, nel secondo e non nel primo caso, della manifestazione di volontà della P.A. e dell'esercizio di poteri autoritativi e certificativi (è significativo in tal senso il testo novellato degli artt. 357 e 358 Cod. Pen., di cui alla Legge 26 aprile 1990 n. 86, le cui definizioni, pur avendo una valenza agli effetti penali, accolgono configurazioni assolutamente prevalenti nella dottrina e nella giurisprudenza anche al di fuori del campo penale).

Sempre nell'ambito della ricostruzione teorica tradizionale si è posto, inoltre, l'accento sul fatto che l'attività di pubblico servizio possa essere

⁽³⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., 18, in nota osserva perentoriamente: «La giurisprudenza dei magistrati penali è rozza, provenendo da giudici che normalmente ignorano il diritto pubblico».

Tra le tante voci critiche sulla possibilità che la nuova formulazione degli artt. 357 e 358 del codice penale, dovuta alla Legge 26 aprile 1990 n. 86, renda più agevole l'individuazione di queste figure: M. PETRONE, *La nuova disciplina dei delitti contro la P.A.*, in *Riv. it. dir. e proc. gen.*, 1993, 917; F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la P.A.: cenni generali*, in *AA.VV.*, Torino, 13. Per l'interpretazione giurisprudenziale T. BASILE-G. CAPALDO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1996, 247 ss.

La Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi su di una fattispecie di concussione e corruzione compiuti da un presidente del consiglio di amministrazione di una società concessionaria di autostrade, in quanto deve considerarsi pubblico ufficiale il presidente di una società per azioni concessionaria di autostrade nell'esercizio dell'attività connessa alla scelta dell'appaltatore cui affidare l'esecuzione di progetti di costruzione di tronchi autostradali, nonché di alcune opere inerenti all'autostrada (caselli, dispositivi di sicurezza, barriere antirumore) o relative alla sua manutenzione. Le dette attività, infatti, non sono privatizzate solo perché vengono poste in essere da soggetti privati ma conservano la loro natura di attività amministrativa in senso obiettivo, avendo la funzione di assicurare la protezione dell'interesse pubblico, affidata istituzionalmente all'ente concedente ed esclusivamente per il tramite della concessione trasferita dal concedente al concessionario. (Cass. 13 settembre 1993, PANCHERI, *ivi*, 260).

⁽⁴⁾ Cass. SS.UU. 31 dicembre 1991 n. 12966, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 443.

compiuta sia da un ente pubblico sia da un privato per concessione del medesimo ⁽⁵⁾.

Una più recente dottrina ⁽⁶⁾, invece, ha fatto notare come il problema del pubblico servizio attenga non più alla posizione di certi soggetti in seno all'ordinamento, bensì alla qualificazione di talune attività secondo un determinato tipo di disciplina.

Essa è partita dall'analisi della fattispecie risultante dall'art. 41 co. 3° c. la quale dispone: «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

Ha, quindi, proposto di applicare in questo campo la distinzione, utilizzata riguardo agli atti amministrativi, tra presupposti ed elementi essenziali. Pertanto, ha considerato come semplici presupposti l'«attività economica» da un lato e i «fini sociali» dall'altro, ed invece come elementi la «determinazione del programma», la determinazione dei controlli ed, infine, ha qualificato «l'indirizzo e il coordinamento» come termini di riferimento di programma e controlli.

In estrema sintesi, ha formulato una nozione oggettiva di servizio pubblico, consistente nella sussistenza di un'attività economica pubblica o privata che risulti sottoposta dalla legge a programmi e controlli idonei a un indirizzo e ad un coordinamento della stessa a fini sociali.

La stessa Corte costituzionale ha evidenziato la correlazione necessaria tra il concetto di impresa e il concetto di servizio pubblico, di modo che «tutti i servizi essenziali devono essere organizzati e gestiti in forma

⁽⁵⁾ Tra coloro che adottano una nozione soggettiva di servizio pubblico C. VITTA (*Diritto amministrativo*, Torino, 1954, I, 6), il quale sottolineava come la contrapposizione del servizio pubblico alla pubblica funzione «ha in pratica, almeno presso di noi, un'importanza assai discutibile agli effetti amministrativi, e ciò spiega la scarsa dottrina in proposito; infatti, allorché un servizio anche di ordine industriale sia assunto da enti pubblici, riceve una disciplina ben diversa da quella dei servizi forniti da privati ed il relativo regime a poco per volta si avvicina a quello stabilito per le funzioni pubbliche»; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959, V, 345.

CAIA (in MAZZAROLLI-PERICU-ROVERSI MONACO-SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, vol. I, 735 ss.) precisa di accogliere una concezione soggettiva di servizio pubblico come insieme di attività della pubblica amministrazione o comunque pertinenti alla medesima. Intendendo porre l'accento sul fatto che si può parlare di servizio pubblico anche quando la gestione di quest'ultimo spetti a privati, purché vi sia un collegamento istituzionale con la pubblica amministrazione, che ha predisposto il servizio.

⁽⁶⁾ Relativamente recente, ormai: si allude a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 178.

di impresa ossia ... con criteri di economicità» (7). Da tale tipo di gestione e di organizzazione consegue «la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fundamentalmente soggetti al regime del diritto privato» (8). La Corte ha anzi puntualizzato che «la presenza di un rapporto concessorio tende ad accentuare le caratteristiche imprenditoriali del servizio, nonché la sua naturale attrazione verso un regime di diritto comune» (9).

Altri hanno tentato di andare oltre una visione sia soggettiva sia oggettiva dell'istituto stesso, prestando maggiore attenzione all'aspetto funzionale (10).

Si è cercato, così, di evidenziare le caratteristiche concrete del servizio, i fini immediati che si vogliono realizzare, prescindendo sia da elementi oggettivi, sempre labili e contingenti, sia da quelli soggettivi.

In tale logica si è ricondotto il servizio pubblico nell'ambito degli interventi autoritativi: intendendo con l'attributo autoritativo far riferimento al carattere rigido dell'intervento, volto a disciplinare in modo rigoroso determinati rapporti economici. In tal senso lo Stato non si limita ad un intervento coadiutore, ma impone ai rapporti economici del settore interessato una disciplina esclusiva, la cui osservanza è garantita sul piano amministrativo, ancor prima che su quello penale, dalla possibilità per lo Stato stesso di intervenire in ogni momento per sanare eventuali violazioni, qualunque sia l'ente o la persona preposta al servizio.

La dottrina ha continuato, comunque, a muoversi nell'ambito delle due diverse concezioni: soggettiva da una parte ed oggettiva dall'altra, anche se si è inclini ormai a considerare accettabili entrambi i concetti (11).

(7) C. cost., 17 marzo 1988 n. 303, in *Giur. cost.*, 1988, 1251; nello stesso senso, C. cost. 20 dicembre 1988 n. 1104, in *Giur. cost.*, 1988, 5359.

(8) C. cost., 17 marzo 1988 n. 303 cit.

(9) C. cost., 20 dicembre 1988 n. 1104 cit.

(10) F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, 182.

(11) Per tutti M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 24. In particolare l'Autore precisa come il servizio pubblico in senso oggettivo è un'attività oggettivamente pubblica, che non deve essere necessariamente gestita dai pubblici poteri, mentre è essenziale che da essi sia diretta.

Si hanno così alcuni pubblici servizi normativamente riservati ad un pubblico potere che li gestisce mediante strumenti di diritto pubblico (gestione in forma amministrativa,) oppure di diritto privato (gestione in forma imprenditoriale), pubblici servizi non riservati a un pubblico potere ed altri che, se pure la gestione spetta a privati, non solo questa è posta sotto il control-

In questo senso, si è messo in evidenza ⁽¹²⁾ come, se pure si tenda sempre più a far gestire a privati i servizi pubblici, vi sia un aspetto del fenomeno dal riferimento soggettivo unicamente pubblico.

Quest'ultimo aspetto si connette alla caratteristica di «doverosità» dell'offerta al pubblico del servizio, la quale deve essere garantita per necessità da un soggetto pubblico. E del resto sempre, e solo, a quest'ultimo spetta stabilire se una determinata attività debba essere offerta «doverosamente» alla collettività. Infine, è il soggetto pubblico a definire il programma del servizio (gli aspetti qualitativi e quantitativi delle prestazioni, i corrispettivi a carico di chi usufruisce di esse e quanto deve gravare, invece, sui contribuenti).

Se questo è sommariamente il quadro dello stato delle riflessioni dottrinali a cui si è pervenuti in Italia non va, però, dimenticata la dimensione comunitaria della figura del pubblico servizio.

La nozione di servizio viene considerata generalmente più ampia di quella elaborata riguardo al nostro ordinamento.

L'art. 60 del Trattato di Roma (anche dopo l'intervento del Trattato di Maastricht) considera i servizi come prestazioni «fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone». Il fenomeno sembrerebbe riscontrarsi, dunque, in ogni attività consistente in un *facere* retribuito, a cui si vuole garantire la libertà di prestazione all'interno della Comunità.

Non si trovano, invece, nel Trattato disposizioni specifiche relative al concetto di «pubblico servizio», anche se si sono ricercate analogie nell'interpretazione dell'art. 60 o dell'art. 90 co. 2° ⁽¹³⁾ con quanto elaborato dalla dottrina italiana ⁽¹⁴⁾.

lo di un pubblico potere, ma è prevista la possibilità di assunzione diretta da parte di un pubblico potere.

Sul punto si veda anche M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1989, 140.

⁽¹²⁾ A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 11 s.

⁽¹³⁾ «Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della comunità».

⁽¹⁴⁾ Sul punto diffusamente CAIA, cit., 754.

Anche guardando ad altre fonti comunitarie non si raggiungano risultati migliori.

Molto ampio risulta, in particolare, il concetto di servizio previsto dalla Direttiva n. 92/50 del 18 giugno 1992.

La normativa citata disciplina gli appalti pubblici di servizi, qualificati come «i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice», intendendosi per amministrazioni aggiudicatrici, «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico»⁽¹⁵⁾. Nel D. Lgs. di attuazione (n. 157 del 17 marzo 1995) si è poi specificato che tali sono oltre lo Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati.

Sono, quindi, previste una serie di ipotesi in cui si applica la disciplina specifica, tutte riconducibili all'ampio concetto di «servizio» cui si faceva cenno.

Negli Allegati alla Direttiva vengono indicate, effettivamente, figure di servizi molto diverse tra loro.

Così troviamo previsti, tra gli altri, servizi di manutenzione e riparazione (All. I A, categoria 1), servizi finanziari – servizi assicurativi e servizi bancari e finanziari – (All. I A, categoria 6), servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili (All. I A, categoria 9), servizi legali (All. I B, categoria 21), insieme ad ipotesi che tradizionalmente dalla nostra dottrina vengono fatte rientrare nel concetto di pubblico servizio: servizi di trasporto aereo di passeggeri e merci, escluso il trasporto di posta (All. I A, categoria 3), servizi di trasporto per ferrovia (All. I B, categoria 18) e per via d'acqua (All. I B, categoria 19), servizi relativi all'istruzione, anche professionale (All. I B, categoria 24), servizi

⁽¹⁵⁾ Nell'art. 1 lett. b) della Direttiva citata si specifica che per «organismi di diritto pubblico» si intende qualsiasi organismo:

– istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e

– avente personalità giuridica, e

– la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

sanitari e locali (All. I B, categoria 25) ⁽¹⁶⁾. Nel ricomprendere nel medesimo ambito figure tanto diverse si rende evidente lo scollamento tra diritto interno e diritto comunitario. Del resto, va ricordato come quest'ultimo tenda a garantire il rispetto delle libertà previste dal Trattato e sia alieno da tendenze nominalistiche: quindi, mal si presta ad avvalorare, sulla base delle espressioni letterali scelte, questa o quella elaborazione teorica.

Nonostante i cospicui sforzi della dottrina, la nozione di servizio pubblico rimane comunque sfumata, al punto che, nel tentativo di individuarne le caratteristiche essenziali, si tende a limitare l'analisi a quelle figure che per tradizione rientrano pacificamente in quest'ambito, trascurando le ipotesi di più difficile qualificazione.

3. La concessione di costruzione ed esercizio

Per individuare la natura della concessione autostradale è necessario soffermarsi sulla figura della concessione di costruzione ed esercizio e su quella di solo esercizio, anche alla luce della più recente normativa comunitaria.

Nella prima la Pubblica Amministrazione concede ad un soggetto estraneo alla sua organizzazione, sia questo un privato o un altro ente pubblico, l'esercizio di un servizio pubblico con la costruzione dell'opera a ciò necessaria.

Il concessionario svolge gli studi, predispone il progetto, procura il finanziamento, provvede direttamente o mediante appalto alla realizzazione delle opere e gestisce il servizio.

La Pubblica Amministrazione vigila comunque su tali attività: autorizza gli studi, approva il progetto e le relative varianti, controlla l'esecuzione delle opere e provvede al collaudo.

⁽¹⁶⁾ Si è fatto notare come, pur essendo effettivamente ampia la nozione di «servizi» nella normativa comunitaria, tanto che essa potrebbe ricomprendere anche le attività considerate «servizi pubblici», «tuttavia la direttiva riguarda esclusivamente le prestazioni di servizi basate su contratti d'appalto, rimanendo escluse quelle fondate su altra base, quali leggi, regolamenti o contratti di lavoro» (G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 317).

Il concessionario, che può contare anche su contributi del concedente, si rivale di quanto speso e consegue un utile attraverso i proventi della gestione del servizio, sulla base di un piano finanziario.

La scelta di ricorrere a questa soluzione risponde a criteri di efficienza: infatti, «lo Stato raggiunge così lo scopo di provvedere ad un pubblico servizio utilizzando la maggiore esperienza e le migliori attitudini di privati industriali, risparmiando una cospicua attività di natura strumentale ed evitando, soprattutto, l'esborso di somme spesso ingenti e cioè le spese di primo impianto e le alee relative» (17).

Il sistema, che presuppone un'iniziativa privata molto sviluppata, è adottato, si noti, «non per le opere il cui servizio è gratuito (strade ordinarie, porti), ma per quelle per le quali è possibile la percezione di un corrispettivo (ferrovie, tramvie, autostrade, etc.)» (18).

Si è spesso fatto notare come la costruzione dell'opera si configuri strumentale rispetto all'esercizio del pubblico servizio, tanto che la concessione di costruzione ed esercizio non viene considerata, in realtà, altro che una concessione di pubblico servizio (19).

Si precisa spesso, a tale proposito, che la costruzione, frutto della concessione, non costituisce propriamente opera pubblica quanto opera di utilità pubblica (20).

Questo in quanto il proprietario non risulta essere il concedente, ma il concessionario che ha provveduto alla sua edificazione. Almeno fino alla scadenza del termine della concessione quando l'opera passa all'ente pubblico cui era destinata fin dall'inizio.

Tale impostazione è stata, però, contestata da quanti (21) hanno individuato nella concessione di costruzione ed esercizio due atti di diversa natura da tenere separati: un appalto, relativo alla costruzione dell'opera, ed una concessione, relativa alla gestione del servizio.

(17) A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1981, 104.

(18) A. CIANFLONE, *op. cit.*, 105.

(19) V. CAIANIELLO, *Le vicende della concessione d'opera pubblica fino al D.P.R. N. 406 del 1991 (di attuazione della Direttiva C.E.E. n. 440 del 1989)*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1993, 289.

Contrario a questa assimilazione F. FRACCHIA, *La distinzione fra le concessioni di servizio pubblico e di opera pubblica*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 201.

(20) A. CIANFLONE, *op. cit.*, 105.

(21) V. MINOZZI, *La Questione della proprietà nella concessione di opere pubbliche*, Napoli, 1935.

In questo modo il negozio misto, comprendendo appunto un appalto, sarebbe preordinato alla creazione di opere di proprietà pubblica.

4. La concessione di sola costruzione

Si parla, invece, di concessione di sola costruzione qualora l'oggetto della concessione sia costituito dalla sola costruzione dell'opera ⁽²²⁾.

Risulta evidente la vicinanza della figura in esame a quella dell'appalto, tanto che la dottrina si è per lungo tempo preoccupata di definire una linea di demarcazione tra l'una e l'altra. Vedremo, però, come il quadro normativo attuale spogli dell'importanza che rivestiva tale distinzione.

Non di meno risulta utile riportare le osservazioni svolte sulla figura della concessione di sola costruzione perché, come vedremo, esse influenzano ancora il dibattito sulla concessione d'opera e vengono in rilievo nel qualificare la concessione autostradale.

All'interno della concessione di sola costruzione si tende a individuare due ipotesi distinte sulla base dell'esecuzione dei lavori per la costruzione dell'opera.

In un caso il concessionario non esegue direttamente i lavori, ma gestisce l'attività che accompagna l'esecuzione dell'opera ed agisce servendosi di terzi per mezzo di appalti. Al concessionario, del resto, possono anche spettare compiti delicati come la progettazione e la programmazione dei lavori relativi e l'acquisizione di aree.

In tale ipotesi le differenze rispetto all'appalto attengono sia alla struttura e alla funzione che alla natura delle obbligazioni da essi derivanti: queste, infatti, sono di mezzi e non di risultato.

Vi possono essere, però, concessioni di sola costruzione in cui è il concessionario a provvedere direttamente all'esecuzione dei lavori.

In quest'ipotesi molti hanno visto una fattispecie assimilabile all'appalto: l'obbligazione da adempiere è in entrambi i casi di risultato e diventa centrale la capacità tecnica di colui a cui si affideranno i lavori.

A ben vedere, però, anche qui si possono rilevare dei caratteri pecu-

⁽²²⁾ La concessione di opere pubbliche fu prevista dalla Legge 24 giugno 1929, n. 1137, come concessione di esecuzione «anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse». Sulla concessione di sola costruzione, per tutti, A. CIANFLONE, *op. cit.*, 107 ss.

liari che non sono propri dell'appalto e che consistono nell'esplicazione di obblighi collaterali aggiuntivi ⁽²³⁾.

Vediamo ora i riflessi di tali classificazioni nella disciplina applicabile alle diverse fattispecie.

La Legge 8 agosto 1977, n. 584, aveva equiparato, per l'applicazione delle disposizioni sui criteri di scelta e della pubblicità dei bandi di gara, la concessione di sola costruzione all'appalto ed aveva, invece, escluso le concessioni comprensive dell'attività di gestione dalle norme sugli appalti pubblici.

È facile intuire come, stanti le riflessioni sulla concessione di sola costruzione, si sia discusso a lungo sull'ambito di applicazione della normativa in esame.

Secondo alcuni quest'ultima riguarderebbe unicamente la concessione di sola esecuzione materiale dei lavori: ne rimarrebbero escluse, invece, le ipotesi in cui al concessionario fossero devoluti anche compiti considerati espressione del «potere auto-organizzatorio» della Pubblica Amministrazione come la realizzazione progettuale, la direzione dei lavori e il collaudo ⁽²⁴⁾.

La giurisprudenza, al contrario, ha ritenuto che le norme previste dalla Legge n. 584 riguardassero tutte le concessioni di costruzione, escludendo solo quelle comprensive della gestione dell'opera ⁽²⁵⁾.

Il quadro di riferimento è, però, mutato sensibilmente a seguito della Direttiva C.E.E. 8 luglio 1989, n. 440, che ha trovato attuazione in Italia con il D. Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 ⁽²⁶⁾.

Quest'ultima ha inserito nel proprio ambito pure la concessione di

⁽²³⁾ A. CIANFLONE, *op. cit.*, 179 ss.

⁽²⁴⁾ Tra gli altri, G. TORREGROSSA, *Concessione di sola costruzione e trattativa privata*, in *Arch. Giur.*, 1978, I, 21.

⁽²⁵⁾ La Corte dei conti (Sez. Contributi Stato, 15 luglio 1983, n. 1370, in *Riv. Corte dei conti*, 1983, I, 352) ha rilevato come limitare l'applicazione della normativa in esame «ad un'ipotetica ed asettica figura di concessione di pura e semplice costruzione, scevra da qualsiasi prestazione collaterale, significherebbe, in buona sostanza, non applicarla affatto, posto che la concessione di costruzione comporta necessariamente anche l'affidamento di un *minimum* di progettazione, studi, direzione dei lavori e contabilizzazione».

Il Consiglio di Stato (parere del 15 aprile 1986, n. 582, della III Sez., in *Cons. Stato*, 1988, I, 1183) ha precisato che la concessione si intende di sola costruzione, non perché sia limitata alla sola esecuzione delle opere, ma perché non si estende alla gestione dei manufatti realizzati.

⁽²⁶⁾ In particolare si vedano le disposizioni previste dall'art. 1 lettere a) e d), nonché l'art. 1 *ter*.

opera pubblica comprensiva della gestione, anche se va precisato che la disciplina prevista per tale ipotesi si differenzia da quella dettata per l'appalto in quanto è meno intensa, rigorosa e dettagliata.

La nuova normativa è giunta, così, a definire la nozione di concessione di lavori pubblici come contratto che presenta le stesse caratteristiche di quelle previste per gli appalti di lavori pubblici, ad eccezione del fatto che la controprestazione di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo.

Di fronte a questo nuovo quadro si è rilevata l'incompatibilità della concessione di sola costruzione con la direttiva C.E.E. n. 400.

Infatti, è stato osservato come se «anche la figura della concessione comprendente la gestione dell'opera, in cui più incisivamente si manifesta il fenomeno della sostituzione del concessionario al concedente e quindi della partecipazione occasionale all'esercizio di attività in principio connesse a pubblici poteri, è stata quindi attratta nell'ambito della disciplina comunitaria», a maggior ragione «non sembra più possibile continuare a sostenere che possano sottrarsi alla disciplina comunitaria alcune figure di concessione senza esercizio dell'operare»⁽²⁷⁾.

La Legge-quadro 11 febbraio 1994, n. 109⁽²⁸⁾, in materia di lavori pubblici ha, poi, specificato come la concessione di lavori pubblici sia data esclusivamente nel caso di esecuzione congiunta con la gestione delle opere, intendendo escludere le concessioni limitate alla sola esecuzione o alla sola gestione.

5. Rapporti tra convenzione e concessione

Tratteggiate le due figure della concessione di costruzione ed esercizio e della concessione di sola costruzione, diamo conto delle problematiche relative all'individuazione del momento costitutivo del rapporto tra concedente e concessionario.

In particolare, se esso scaturisca dal provvedimento unilaterale della Pubblica Amministrazione oppure dall'incontro di volontà dei due sog-

⁽²⁷⁾ V. CAIANIELLO, *op. cit.*, 313.

⁽²⁸⁾ Art. 19 Legge citata.

getti contenuto nella convenzione che accompagna l'atto amministrativo.

La dottrina da lungo tempo ha tentato di formulare una, per quanto possibile, precisa ricostruzione del fenomeno ⁽²⁹⁾.

Se nel secolo scorso sembrava trovare consenso soprattutto la qualificazione contrattuale delle concessioni, successivamente si è fatta strada una visione pubblicistica del fenomeno, soprattutto in forza dell'indisponibilità, per autonomia privata, dell'oggetto della concessione ⁽³⁰⁾.

Molte critiche ha raccolto, poi, l'impostazione che, di fronte a tale indisponibilità (il cosiddetto oggetto pubblico) e all'esistenza di obblighi di fare del concessionario derivanti dalla concessione, ha elaborato la figura del contratto di diritto pubblico ⁽³¹⁾.

In particolare, veniva eccepita l'incompatibilità della nozione di contratto come incontro di volontà, che presuppone un'omogeneità degli interessi delle parti, con il fatto che i due soggetti coinvolti non si trovano su di un piano di parità. Infatti, mentre il privato persegue un proprio

⁽²⁹⁾ Sulle molte soluzioni proposte M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

⁽³⁰⁾ «La giurisprudenza non adduce giustificazioni precise a sostegno del suo nuovo orientamento. Qualche volta la scelta pubblicistica è accompagnata da riferimenti generici al contenuto di alcune norme positive e ad alcuni «principi generali» del diritto: così, si sottolinea che l'allegato F del 1865 sui lavori pubblici o la legislazione sulle acque, o le normative speciali sulle ferrovie, attribuiscono «competenze esclusive» all'autorità amministrativa; che l'interesse pubblico prevale sugli interessi privati; che i beni demaniali sono inalienabili. Ma queste norme e questi principi esistevano da tempo e non avevano affatto impedito il formarsi e il consolidarsi delle tesi giudiziali contrattualprivatistiche. La pubblicizzazione giurisprudenziale non può dunque considerarsi fondata sul valore intrinseco di tali norme e di tali principi.

In realtà, si trattò di una lettura diversa delle stesse norme e degli stessi principi giuridici; e il passaggio dalla lettura privatistica a quella pubblicistica fu influenzato pesantemente dall'autorità della dottrina contemporanea: la pubblicizzazione dei rapporti amministrativi, sviluppata organicamente nelle ideologie e nelle teorie dei dottori, si versò per gradi nelle pronunce dei giudici e vi penetrò definitivamente nei primi anni del Novecento.

Fu dunque la dottrina giuspubblicistica che condizionò il mutamento di vedute della giurisprudenza: il che si spiega bene, se si pensa agli stretti rapporti che legavano l'allora colta giurisprudenza agli ambiti scientifici.

In materia di concessioni fu soprattutto l'opera di Ranelletti giovane che incise profondamente sulle nuove impostazioni giudiziali, poiché la sua costruzione pubblicistica dei rapporti amministrativi era nata specificamente nel campo delle concessioni e, sul piano teorico generale, il suo ragionamento era stato senza dubbio tra i più lineari» (M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 148).

⁽³¹⁾ Di recente (G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 102), però, si è riproposta la figura del contratto di diritto pubblico come l'unica idonea a spiegare l'insieme inscindibile dall'atto amministrativo e dall'accordo «che concorrono entrambi necessariamente all'instaurazione del rapporto e alla sua disciplina».

tornaconto, la Pubblica Amministrazione deve avere come obiettivo solo il pubblico interesse.

In dottrina si è anche tentato di dimostrare che nel nostro ordinamento esiste una categoria di atti e rapporti convenzionali con carattere di reciprocità, che possono essere ascritti al diritto pubblico ⁽³²⁾.

Più fortuna ha trovato, invece, la figura della concessione-contratto ⁽³³⁾, a cui si è pervenuti partendo dalla distinzione tra le ipotesi in cui dalla concessione derivano al concessionario unicamente situazioni di vantaggio e quelle in cui dalla concessione gli derivano anche doveri ⁽³⁴⁾.

Mentre per le prime il momento costitutivo del rapporto è individuabile nell'atto unilaterale della Pubblica Amministrazione, per le seconde si avrebbe una fattispecie complessa, in cui si riscontrano, da un lato, un provvedimento amministrativo, dall'altro, un negozio bilaterale, accessivo al primo. Questa fattispecie complessa è, appunto, la concessione-contratto ⁽³⁵⁾.

Si è così osservato ⁽³⁶⁾ che con il provvedimento amministrativo vi è l'accertamento della sussistenza dell'interesse pubblico ad emettere la concessione, l'individuazione dell'azione da compiere e le condizioni del suo svolgimento. Alla convenzione si dice spetti, invece, il compito di attuare il precedente momento programmatico, con il regolamento dei rapporti tra concedente e concessionario.

Le diverse ricostruzioni elaborate dalla dottrina, che presentano la caratteristica comune di assimilare la fattispecie in questione ad un procedimento amministrativo, in cui gli atti s'inseriscono nelle diverse fasi in

⁽³²⁾ FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 210.

⁽³³⁾ L'elaborazione giurisprudenziale dell'istituto si può considerare autonoma dallo sviluppo del dibattito dottrinale. Tra le prime pronunce Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Giur. it.*, 1910, I, 1, 189; Cass. 6 luglio 1939, in *Foro it.*, 1939, I, 232.

⁽³⁴⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 431, ha, infatti, notato come «gli effetti patrimoniali divengono complessi quando a carico di ambedue le parti sussistono obblighi patrimoniali aventi carattere di obbligazione; al provvedimento di concessione si collega allora un contratto, in misura più o meno ampia negoziato tra le parti».

⁽³⁵⁾ «La giustapposizione dell'assetto autoritativo e di quello convenzionale dell'azione amministrativa è particolarmente evidente nella concessione-contratto, nella quale, com'è noto, all'atto autoritativo, unilaterale, discrezionale della pubblica amministrazione che dispone la concessione si accompagna l'atto bilaterale destinato a regolare i diritti e gli obblighi delle parti, in funzione dell'avvenuta concessione», T.A.R. Liguria, 28 gennaio 1982, n. 55, in *I Tar*, 1982, I, 909.

⁽³⁶⁾ SILVESTRI, *Concessione - Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 374.

vista di un fine comune, sono state criticate in dottrina sotto diversi aspetti ⁽³⁷⁾.

In particolare, è stato messo in evidenza ⁽³⁸⁾ come non sarebbero riferibili al provvedimento amministrativo gli obblighi e i diritti perfetti del concessionario. Questi, al contrario, scaturirebbero dal negozio bilaterale.

Basandosi sull'analisi della prassi relativa alle ipotesi di concessioni amministrative si è indicata, poi, la presenza di un aspetto generale: «La prevalenza della struttura contrattuale degli atti e rapporti concessori» ⁽³⁹⁾. Anzi tale rilievo sarebbe riscontrabile a prescindere dalla natura del soggetto concessionario, sia, quindi, esso pubblico o privato.

Una più recente dottrina ⁽⁴⁰⁾, per ricostruire il fenomeno, ha posto l'accento sul potere di revoca spettante alla Pubblica Amministrazione. Secondo tale impostazione, infatti, il momento autoritativo sarebbe prevalente rispetto a quello negoziale, il quale non godrebbe di una propria autonomia, ma sarebbe legato all'esercizio della potestà di autotutela dell'amministrazione, in ordine al provvedimento da cui scaturirebbe il rapporto concessorio ⁽⁴¹⁾.

Solo di sfuggita si può ricordare come la tendenza ad accentuare gli aspetti convenzionali che emergono all'interno dell'area del pubblico trovino un riscontro anche nella disciplina contenuta nella Legge 241 del 1990, sul procedimento amministrativo.

L'art. 11, in particolare, prevede che la Pubblica Amministrazione possa concludere accordi sostitutivi ed integrativi del provvedimento finale, in aderenza alle osservazioni e alle proposte avanzate da coloro che sono legittimati ad intervenire nel relativo procedimento ⁽⁴²⁾.

⁽³⁷⁾ Per i molti riferimenti di dottrina e per le osservazioni svolte si rimanda interamente a F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.

⁽³⁸⁾ F. GULLO, *op. cit.*, 400.

⁽³⁹⁾ M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 315 ss.

⁽⁴⁰⁾ F. PELLIZZER, *Le concessioni di sola costruzione tra pubblico e privato*, in *Foro amm.*, 1985, II, 1531. Nello stesso senso V. CALANIELLO, *op. cit.*, 301 ss.

⁽⁴¹⁾ In giurisprudenza (Cons. St., Sez. VI, 19 gennaio 1988, n. 11, in *Foro amm.*, 1989, 1729) si è fatto notare come la sopravvenuta inefficacia del provvedimento amministrativo comporti l'inoperatività giuridica non solo dei rapporti tra concedente e concessionario, ma anche di quelli eventualmente instaurati da quest'ultimo con i terzi, non potendosi ammettere che tali rapporti intralcino l'esercizio dei pubblici poteri.

⁽⁴²⁾ In commento a tale articolo DE PAOLIS e altri, *Il procedimento amministrativo*, Pado-

Ne consegue, quindi, che il soggetto pubblico può concludere con questi ultimi degli accordi diretti a stabilire il contenuto discrezionale del provvedimento conclusivo o, in alternativa e nei casi previsti dalla legge, a sostituire il provvedimento stesso.

Si è ritenuto che proprio tale disposizione imponga, forse più di ogni altra norma contenuta nella L. 241/1990, la «radicale rivisitazione degli equilibri tradizionalmente fissati tra autonomia dell'Amministrazione e libertà dei privati, in ossequio ad una concezione dei rapporti tra essi intercorrenti prettamente impostata in termini di autorità-soggezione» (43).

Del resto queste stesse figure, espressione sintomatica della sempre più accentuata interazione tra pubblico e privato, sono ugualmente oggetto di speculazioni dottrinali nel principale tentativo di individuarne la natura (44).

Dopo aver delineato brevemente l'ampio dibattito relativo ai rapporti tra il provvedimento e la convenzione, passiamo a considerare più da vicino l'ipotesi della concessione autostradale per evidenziarne i tratti peculiari e stabilire fino a che punto le si adattino le considerazioni sviluppate dalla dottrina a livello generale.

6. Natura della concessione autostradale

È possibile, a questo punto, considerare quale sia la natura della concessione autostradale.

Questa viene assentita con decreto ministeriale, spesso vincolato da una disposizione di legge, che già ha deciso l'affidamento della concessione, individuandone non solo l'oggetto ma anche il soggetto destinatario. Vi è, inoltre, una convenzione, stipulata tra l'ANAS e il concessionario.

va, 1996, 77 ss.; AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Milano, 1995, 304 ss.; I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, 1993, 120 ss.

(43) A. FERRARI, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nell'ambito degli artt. 11 e 15, L. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1993, n. 4, 878.

(44) La dottrina ha concentrato la propria attenzione principalmente sul 2° comma dell'art. 11, nel quale si legge:

Agli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

rio, la quale deve essere approvata con lo stesso provvedimento che accorda la concessione.

Il ruolo incisivo svolto dal legislatore, attraverso le c.d. «leggi-provvedimento», è stato messo in relazione al fenomeno del progressivo svuotarsi a favore della convenzione del contenuto dell'atto di concessione stesso.

Nel settore autostradale, appunto, questa tendenza viene capovolta, nel senso che il momento contrattuale viene qui compresso, ma non dal recupero di ampiezza dell'atto amministrativo concessorio bensì dalla presenza di «leggi-provvedimento».

Queste ultime regolamentano esse stesse molti aspetti del rapporto, anche se affidano formalmente tale compito alla convenzione.

Nel valutare l'impatto delle leggi-provvedimento nell'ambito delle concessioni autostradali si è rilevato quanto questo abbia influito sui rapporti tra concedente e concessionario: infatti, si dice, «inizialmente il concessionario era un soggetto imprenditore, che si ispirava ad un fine di lucro, successivamente, anche se non viene meno la qualità di imprenditore, la sua attività non è più finalizzata ad uno scopo di lucro in senso stretto e quindi su tale soggetto non grava più il rischio economico dell'impresa dato che la copertura viene garantita dagli stessi enti pubblici; il criterio economico-imprenditoriale rimane, ma si configura come un parametro di azione stabilito dall'esterno, in base al quale si svolge il controllo da parte del concedente. Quest'ultimo, a sua volta, diventa un soggetto controllante rispetto ad una scelta già effettuata sotto molti profili dalla legge (scelta del concessionario, contenuto del rapporto, e così via) in un contesto in cui i poteri di amministrazione attiva spettano più al privato che alla P.A. Il loro rapporto passa così da una struttura di tipo sinallagmatico ad una di tipo associativo-organizzativo»⁽⁴⁵⁾.

Va, però, fatto notare come le innovazioni legislative di questi ultimi anni abbiano sostanzialmente mutato questo quadro: si pensi, se non altro, alla volontà di privatizzare lo stesso I.R.I.⁽⁴⁶⁾. Del resto, è una realtà

⁽⁴⁵⁾ G. COFRANCESCO, *Le opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale (convenzionamento ed esperienza autostradale)*, Milano, 1992, 245.

⁽⁴⁶⁾ Con l'art. 15 della L. 8 agosto 1992 n. 359, che ha convertito con modificazioni il D.L. 11 luglio 1992 n. 333, si è disposta la diretta trasformazione per legge in società per azioni dell'IRI, ENI, INA ed ENEL. Si tratta di una privatizzazione di carattere formale: la norma stabi-

che gruppi industriali di rilievo siano interessati, prevedendo il conseguimento di un cospicuo utile, alla gestione di alcune autostrade: la qual cosa induce sicuramente a riflettere.

Rispondente proprio a questa logica è l'art. 10 della Legge 24 dicembre 1993, n. 537.

Essa ha stabilito che le tariffe dei servizi pubblici siano fissate e aggiornate, ove le condizioni di mercato lo richiedano, in base a parametri di riferimento idonei a determinare le modalità di recupero dei costi, con criteri di efficienza (l'individuazione dei citati parametri di riferimento è effettuata sulla base delle rilevazioni e delle analisi svolte dall'I.S.P.E. e dagli altri istituti del sistema statistico nazionale).

Si è poi prevista l'abolizione del limite dell'8% nella remunerazione del capitale sociale delle imprese concessionarie autostradali e della devoluzione allo Stato della quota di utile eccedente l'8% del capitale, con l'introduzione di un canone in misura fissa (1% dei ricavi da pedaggio, 0,5% per il periodo '94-'96).

Soprattutto è stata sancita la fine della garanzia fideiussoria dello Stato, per contrazione di mutui o emissione di obbligazioni con «il venir meno della prevalenza pubblica nel capitale delle società concessionarie o della maggioranza delle società facenti parte dei consorzi» (comma 7).

Anzi, a seguito del rinnovo delle convenzioni revisionate in applicazione dell'art. 11 della Legge 23 dicembre 1992, n. 498, «si definisce la natura privata dell'attività svolta dalle società concessionarie di autostrade nonché la esclusione della garanzia dello Stato per la contrazione di mutui» (comma 8).

La dottrina, comunque, continua anche in questo campo a non distinguere e ad utilizzare nei medesimi termini la figura della concessione-contratto. Tale modello è anzi servito di base per analizzare gli stessi compiti del gestore d'autostrada.

lisce, infatti, che le azioni di tali società siano attribuite al Ministero del Tesoro, il quale esercita i diritti dell'azionista d'intesa con altri Ministeri.

La privatizzazione di carattere sostanziale è prevista dall'art. 16 della stessa L. 359/1992, la quale dispone la predisposizione di un programma di riordino delle partecipazioni degli enti indicati, anche attraverso le previsioni di «cessioni di attività o rami di aziende, scambi di partecipazioni, fusioni incorporazioni e ogni altro atto necessario per il riordino».

Il Governo ha recentemente stabilito che alla cessione di Autostrade si proceda in parte con il ricorso a un'offerta pubblica di vendita e in parte attraverso la formula della trattativa diretta, nell'ambito della quale si individua il futuro nucleo di azionisti stabili.

Vi è stato chi ⁽⁴⁷⁾, infatti, partendo da un'analisi della natura della concessione autostradale, ha negato che in questo caso si possa parlare di esplicazione di un servizio pubblico da parte del concessionario.

Ci si troverebbe di fronte ad una concessione-contratto intesa come un rapporto complesso a rilevanza pubblica, ma nel quale sarebbero presenti elementi contrattuali, con reciproci vincoli paritari fra la Pubblica Amministrazione e l'ente concessionario.

La dottrina citata ritiene che la concessione, nella sua causa giuridica finale, sia uno strumento per l'attuazione del compito della viabilità autostradale, cioè, in definitiva, di costruire l'opera pubblica autostrada. In tale logica, analizzando il contratto nei suoi elementi essenziali, la causa della concessione sarebbe la costruzione dell'opera, mentre l'esercizio di essa sarebbe strumentale a rendere possibile il pagamento di quella.

Nonostante si sia accentuato il momento collaborativo, che dà ragione del carattere fiduciario del rapporto, questo rimarrebbe sempre ascrivibile alla categoria dei rapporti di scambio, a prestazioni corrispettive. Secondo quest'impostazione, la concessione autostradale sarebbe, dunque, concessione di opera pubblica, non di pubblico servizio. L'utente, quindi, utilizzerebbe l'opera pubblica esercitando un diritto sul bene.

Non si nega che il concessionario dovrebbe certamente assicurare quelle condizioni di sicurezza nel transito che vengono definite «servizio autostradale», ma ciò discenderebbe dal dovere di manutenzione ed esercizio dell'opera, considerato come un dovere che si porrebbe unicamente nei confronti dell'amministrazione concedente, non nei riguardi degli utenti.

Le prestazioni del concessionario, dunque, sarebbero solo oggetto di obbligazioni contrattuali nei confronti dell'ANAS.

Perciò si afferma che «verso gli utenti il concessionario è vincolato sì da obblighi di protezione, ma che rimangono di natura extracontrattuale (ancorché con responsabilità accentuata)» ⁽⁴⁸⁾.

In tal modo viene posto in risalto soltanto l'aspetto della realizzazione dell'opera, assimilando la concessione autostradale ad una concessione di sola costruzione.

Viene ignorato così il fatto che, oggi, per il concessionario il momen-

⁽⁴⁷⁾ S. SCOTTI CAMUZZI, *Le concessioni autostradali profili giuridici*, Firenze, 1987, 73.

⁽⁴⁸⁾ S. SCOTTI CAMUZZI, *op. cit.*, 74.

to della gestione è di interesse preminente. Anzi esso prosegue per molto tempo dopo il termine in cui si sarebbe coperto il costo della costruzione delle opere autostradali.

È evidente che la dottrina sopracitata intende sottolineare la differenza rispetto alla figura della concessione di pubblico servizio, nella quale, come si è visto, tradizionalmente la costruzione dell'opera-impianto è considerata secondaria, semplice mezzo di produzione del servizio in concessione.

D'altro canto, lo si è visto, vi è stato chi ⁽⁴⁹⁾ ha concepito la concessione di costruzione ed esercizio come un negozio misto comprendente un appalto (per la costruzione dell'opera) ed una concessione (per la gestione del servizio), spezzando così l'unità della concessione.

Si oscilla, quindi, tra due estremi: o si pone in eccessivo risalto l'esecuzione del pubblico servizio o si considera solo il momento della costruzione dell'opera.

Va, invece, fatto presente che le rigide classificazioni elaborate dalla dottrina sono utili quali orientamenti di massima: spesso, infatti, una stessa denominazione copre, in realtà, figure tra loro differenti.

Non a caso, si possono individuare ipotesi di concessioni di servizi pubblici in cui la realizzazione dell'opera assume particolare rilevanza, a volte paritaria con quella della prestazione del servizio (si pensi alle concessioni di servizi di acqua e gas) ⁽⁵⁰⁾.

Nel caso della concessione autostradale non si può affermare che la costruzione dell'impianto perda rilievo rispetto all'attuazione del servizio. Non si può nemmeno dimenticare, però, come le convenzioni pongano l'«esercizio» tra gli obblighi del concessionario, per cui risultano insostenibili le tesi di chi ritiene che la concessione dell'esercizio costituisca il pagamento, a titolo corrispettivo, della costruzione eseguita dal concessionario.

La gestione stessa dell'autostrada implica, quindi, per mantenere il sistema efficiente e sicuro, un'organizzazione e una competenza tecnica

⁽⁴⁹⁾ MINOZZI, *op. cit.*

⁽⁵⁰⁾ A. CHIAPPELLI (*L'impianto del servizio: la concessione dei servizi di fronte alla legislazione sulle opere pubbliche*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988) a tale riguardo individua un filo conduttore che unisce le varie ipotesi di concessione di servizi seguendo l'ordine progressivo del valore economico della costruzione dell'opera in proporzione a quello del servizio stesso.

che comportano la necessità di ricorrere a strutture che l'amministrazione, data la loro complessità, preferisce affidare a privati.

7. Il servizio autostradale

Ma in che cosa consiste il «servizio autostradale», concetto che secondo alcuni si esaurirebbe in una vuota formula?

È essenziale, evidentemente, partire dall'analisi dell'azione del concessionario nell'ambito del momento gestionale.

Quest'ultimo ha il compito di riscuotere i pedaggi, eseguire i rilevamenti statistici relativi alla circolazione in autostrada, provvedere alla istituzione di servizi autostradali, oltre naturalmente alla manutenzione ordinaria e straordinaria.

La stessa riscossione dei pedaggi non si sostanzia in una semplice operazione materiale.

Infatti, deve essere garantita la custodia di tutti gli accessi in autostrada tramite appositi agenti addetti all'incasso dei pedaggi, ai quali spetta l'accertamento delle condizioni di ammissibilità dei mezzi all'uso dell'autostrada ed eventualmente richiedere l'intervento della polizia stradale per i veicoli da escludere.

A tali scopi sono, inoltre, necessari mezzi tecnici adeguati: caselli, palazzine di stazione, sistemi di automazione, impianti di telecomunicazione.

Può ritenersi, dunque, che l'esazione dei pedaggi costituisca un servizio per realizzare il quale è richiesta un'ideale organizzazione di mezzi e di personale.

In particolare, poi, la Società concessionaria deve provvedere agli interventi di manutenzione sul corpo autostradale e sulle opere complementari e relative pertinenze, comprese le opere di verde.

Deve inoltre attendere alla gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto di illuminazione e relativa segnalazione degli svincoli e dei raccordi (come torri-faro, pali di illuminazione, lampeggianti, antinebbia, etc.).

Al gestore dell'autostrada, si noti, spettano anche compiti relativi alla vigilanza, alla sicurezza ed all'assistenza al traffico.

Si tratta di mansioni di estrema rilevanza: si pensi che sulla base delle

rilevazioni compiute dal personale della società concessionaria, oltre che dalla polizia stradale, vengono esercitati i poteri previsti dall'art. 6 del nuovo Codice della strada per la sospensione della circolazione dei veicoli ⁽⁵¹⁾.

Da ultimo il C.I.P.E. ⁽⁵²⁾, dettando le direttive per la revisione degli strumenti convenzionali disciplinanti le concessioni autostradali, ha espressamente stabilito che al fine di migliorare la gestione delle autostrade, diversificando i servizi a favore dell'utenza, potrà essere consentito l'ampliamento dell'ambito delle possibili attività del concessionario a tutte quelle iniziative che, in linea con gli interessi aziendali, concorrono al miglioramento del livello del servizio a favore dell'utenza.

Non è possibile, dunque, assimilare il fenomeno in questione all'uso generale di un bene pubblico, in cui non ricorre l'esplicazione di alcuna attività che possa valere come presupposto sostanziale del servizio ⁽⁵³⁾.

Senza contare che è almeno dubbio che si possa considerare l'autostrada bene pubblico, in quanto molti hanno rilevato come l'opera oggetto della concessione non sia di proprietà dell'ente concedente, a differenza di quanto avviene in caso di appalto. Del resto, anche il dato normativo sembrerebbe avvalorare questa conclusione ⁽⁵⁴⁾.

Tra quanti preferiscono parlare di uso generale del bene pubblico

⁽⁵¹⁾ Il D. Lgs. 285/1992 riguardo alla regolamentazione della circolazione fuori dei centri abitati dispone, infatti, da un lato che «Il Prefetto, per motivi di sicurezza pubblica o inerenti alla sicurezza della circolazione, di tutela della salute nonché per esigenze di carattere militare può, conformemente alle direttive del Ministro dei lavori pubblici, sospendere momentaneamente la circolazione di tutte o di alcune categorie di utenti sulle strade, o su tratti di esse (*omissis*) ... (art. 6 co. 1°), dall'altro che l'ente proprietario della strada può ... disporre, per il tempo strettamente necessario, la sospensione della circolazione di tutte o di alcune categorie di utenti per motivi di incolumità pubblica ovvero per urgenti ed improrogabili motivi attinenti alla tutela del patrimonio stradale o ad esigenze di carattere tecnico (*omissis*) (art. 6 co. 4°).

Si deve subito precisare, però, come per le strade e le autostrade in concessione, i poteri dell'ente proprietario della strada siano esercitati dal concessionario, previa comunicazione all'ente concedente. Anzi, in caso di urgenza, i relativi provvedimenti possono essere adottati anche senza la preventiva comunicazione al concedente, che può revocare gli stessi (art. 6 co. 6°)».

⁽⁵²⁾ Deliberazione 21 settembre 1993.

⁽⁵³⁾ Critico nei confronti della tradizionale dottrina che riconduce alla teoria dei servizi pubblici anche la teoria del demanio: POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 192.

⁽⁵⁴⁾ A.M. SANDULLI, voce *Autostrada*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 524.

Sulla questione del soggetto proprietario del bene autostrada V. UCCELLATORE, *Sulla proprietà delle autostrade costruite in concessione*, in *Cons. St.*, II, 1967, 932; R. MARIANI, *Note sul pedaggio autostradale: natura della obbligazione di pagamento*, in *Cons. St.*, II, 1971, 840; F. TE-

autostrada, però, vi è chi ⁽⁵⁵⁾ rileva come effettivamente venga prestata un'attività all'utenza, ritenendo, comunque, che essa sia solo in funzione del miglior utilizzo del bene stesso.

Vi è ancora chi ⁽⁵⁶⁾ riconosce i caratteri del servizio in alcune attività del concessionario, ma ne sottolinea la secondarietà rispetto all'importanza dell'opera. In tal modo, per risolvere il problema, viene utilizzato un criterio classificatorio che, come si è detto, lascia perplessi.

In particolare, nel tentativo di precisare la distinzione tra il concetto di «esercizio» dell'opera ed «erogazione di un servizio», che richiede l'uso di un'opera, si parte dalla considerazione che se anche nella prima ipotesi fosse riscontrabile un'attività complessa questa non presenterebbe i caratteri del pubblico servizio.

Per altro verso, i sostenitori di tale impostazione ammettono, invece, come si è detto, l'esistenza di un pubblico servizio, pur ponendo l'accento sulla sua secondarietà rispetto all'utilizzo di un bene.

Vi è, quindi, incertezza proprio nel considerare la consistenza del pubblico servizio: da un lato, si nega la presenza di un'attività; dall'altro, non la si nega, ma si sostiene che l'oggetto della concessione di costruzione ed esercizio consiste nell'esercizio dell'opera, mentre nella concessione di pubblico servizio esso risiederebbe nell'esercizio dell'attività di pubblico servizio.

In questo consisterebbe la differenza tra i due tipi di concessione. Di-

DESCHI, *Note sulla proprietà delle autostrade*, in *Nuova Rass.*, 1974, 2099; G. PASINI-L. BALUCANI, *I beni pubblici e relative concessioni*, Torino, 1978, 396.

Più di recente (G. COFRANCESCO, *Le opere pubbliche*, cit., 116) si è distinto a seconda che non vi sia una disciplina convenzionale sul punto oppure che ci si trovi di fronte al regime stabilito dalla convenzione per le autostrade già gestite dall'A.N.A.S. nel primo caso, «Secondo i principi, il soggetto espropriante andrebbe individuato nel concessionario incaricato della costruzione e dell'esercizio, il quale conduce le procedure in nome e per conto proprio e acquista - per conseguenza - la proprietà degli immobili espropriati, che verranno trasferiti al concedente solo allo spirare della concessione» mentre nella seconda ipotesi «la posizione della società "Autostrade" corrisponde a quella di concessionario di sola costruzione il quale conduce la procedura di espropriazione in nome e per conto del concedente che assume la figura di soggetto espropriante. Allo scadere della concessione, non vi è pertanto la necessità di trasferire il bene al concedente, che ne acquista la proprietà al momento dell'emissione del decreto di esproprio» con un discorso diverso per «il "manufatto autostrada" e per le sue pertinenze da considerarsi proprietà superficiali della società "Autostrade" da "consegnarsi" all'A.N.A.S. al termine della concessione».

⁽⁵⁵⁾ F. FRACCHIA, *La distinzione fra le concessioni di servizio pubblico e di opera pubblica*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 204.

⁽⁵⁶⁾ A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione*, cit., 18.

versità che consentirebbe di porre l'accento su di una distinzione che molti non avvertono ⁽⁵⁷⁾.

A ben vedere, però, questa ricostruzione dei fenomeni in esame arriva a far coincidere la concessione di costruzione ed esercizio con quella di sola costruzione. In ambedue le ipotesi fondamentale è la realizzazione dell'opera mentre, appunto, sarebbe assente l'esercizio di un pubblico servizio.

Sembrerebbe, anzi, che si intenda così far rivivere una figura, quella della concessione di sola costruzione che, come si è detto, è stata eliminata dal nostro ordinamento.

A sostegno di questa ricostruzione non può valere il testo della Direttiva C.E.E. 18 luglio 1989, n. 440, il quale dispone che la concessione di lavori pubblici è il «contratto» che presenta le stesse caratteristiche dei contratti di lavori pubblici, ad eccezione del fatto che «la controprestazione di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo».

Se, da un lato, non ha rilievo la qualifica di contratto attribuita alla fattispecie in esame, in quanto la stessa normativa interna ha provveduto ad eliminare tale imprecisione ⁽⁵⁸⁾, dall'altro, più in generale, non si può attribuire alla disposizione comunitaria la funzione di qualificare gli istituti elaborati nei paesi membri rispondendo, invece, all'esigenza di garantire le libertà previste dal Trattato istitutivo.

A maggior ragione non si può escludere il riscontro di un'attività di pubblico servizio per il solo fatto che la norma non sia esplicita sul punto.

Al contrario, la distinzione tra «gestione» ed «esercizio», che secondo alcuni starebbe alla base della differente natura dei due tipi di concessione, qui non è riscontrabile.

La Società Autostrade potrebbe definirsi, in base a queste considerazioni, concessionaria di pubblico servizio.

Quando, però, il concessionario intenda affidare a terzi i servizi di sua competenza non dovrà seguire le disposizioni previste dalla Direttiva 92/50/C.E.E. in materia di appalti pubblici di servizi.

L'art. 2 del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, di attuazione della normativa comunitaria, ha, infatti, precisato come siano amministrazioni aggru-

⁽⁵⁷⁾ Questa è l'impostazione scelta, ad esempio, da CAIANIELLO, *op. cit.*

⁽⁵⁸⁾ D. Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406.

dicatrici «le Amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati», mentre al secondo comma rinvia all'allegato 7 per un elenco, anche se non esaustivo, degli organismi di diritto pubblico.

Questi sono: le «Università statali, istituti universitari di Stato, consorzi per i lavori di sistemazione delle università», gli «istituti superiori scientifici e culturali, osservatori astronomici, astrofisici, geofisici e vulcanologici», gli «Enti di sviluppo agricolo», le «Istituzioni di assistenza e di beneficenza di qualsiasi tipo».

Come si vede, la questione consiste nello stabilire se si possa far rientrare la Società Autostrade nell'ambito degli «Organismi di diritto pubblico», ma nel compiere tale valutazione si deve evitare di incorrere in nominalismi che, lo si è appena osservato, mal si adattano all'interpretazione del diritto comunitario.

Per inciso si nota come l'esclusione dall'ambito di applicazione della normativa sugli appalti non sia certo motivo di rammarico, almeno sotto il profilo economico, se si pensa che, ben lontano da essere garanzia di efficienza, il procedimento ad evidenza pubblica ingenera più sprechi di denaro e di tempo che vantaggi patrimoniali per l'appaltante (il quale in tal modo non si assicura con certezza l'offerta migliore).

Ad ogni modo la soluzione alla questione qui proposta si può ricavare analizzando il tipo di attività svolta dal concessionario di autostrada.

A tale riguardo si ritiene che la tesi favorevole all'applicabilità della direttiva in questione non troverebbe supporto ponendo l'accento sulla funzionalizzazione all'interesse pubblico dell'agire del concessionario, il quale non è altro che un imprenditore.

Anzi è proprio la Pubblica Amministrazione a scegliere di affidargli la gestione dell'autostrada in quanto ritiene che, seguendo logiche a lei estranee, sia raggiunto un migliore risultato.

Poiché questa problematica è stata spesso affrontata nell'ambito delle questioni relative alla giurisdizione sulle controversie tra concessionario e terzi, per l'applicazione delle procedure d'appalto, giova svolgere alcune brevi riflessioni sul punto.

In tale ambito, infatti, si sono formulati dei rilievi che si basano sulla qualificazione degli atti sia del concessionario di sola costruzione che del concessionario di pubblico servizio.

Secondo l'impostazione recentemente seguita dalla Corte di cassazione, le controversie dovrebbero essere sottoposte al giudice amministrativo.

In particolare si ritiene che la giurisdizione amministrativa in materia di concessione (*ex art. 5 Legge 6 dicembre 1971, n. 1034*) si estenda anche a tutte le conseguenze patrimoniali del rapporto ⁽⁵⁹⁾.

Ma le argomentazioni della Corte ⁽⁶⁰⁾ sono, in realtà, più articolate.

In primo luogo i destinatari dell'azione del concessionario sarebbero titolari di situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interesse legittimo: «La situazione soggettiva dell'imprenditore si configura dunque secondo il modello dell'interesse legittimo: interesse a che la norma sia rispettata da chi bandisce la gara. Perché se invece questa è violata, egli può subire il pregiudizio insito nella mancata sua partecipazione alla gara».

Secondariamente, l'attività del concessionario avrebbe natura di attività di diritto amministrativo: «Gli atti posti in essere dal concessionario in funzione della concessione e che non avrebbe potuto compiere senza la concessione, non sono attività di diritto privato. Tali attività non sono privatizzate per il fatto che sono poste da soggetti privati; conservano la natura di attività amministrativa in senso obbiettivo. E non potrebbe es-

⁽⁵⁹⁾ Cass. Sez. Unite, 3 dicembre 1991, n. 12966, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 439.

Si è notato come l'art. 5 della legge 1034 del 1971 non preveda affatto un caso di giurisdizione esclusiva. Infatti «la logica della giurisdizione esclusiva era ed è insomma ben chiara: nelle specifiche materie ad essa devolute la totalità dei rapporti può essere conosciuta dal giudice amministrativo, sia che si faccia questione della legittimità di un atto o provvedimento, il quale dunque debba essere impugnato, sia che sorgano problemi di tutt'altro genere, cui è estranea una valutazione discrezionale dell'Amministrazione» «L'art. 5 della legge sui T.A.R. non segue affatto questa logica – la sola che consente di parlare di giurisdizione esclusiva in termini propri. E non la segue per una ragione testuale, assolutamente insuperabile: al 2° comma sottrae esplicitamente alla giurisdizione amministrativa le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi. In altre parole, per espressa disposizione della legge, proprio tutta quella materia – le situazioni non derivate da specifici atti e provvedimenti dell'Amministrazione, ma aventi altra fonte: cioè, secondo la terminologia abituale, i diritti – che impone di qualificare come «esclusiva» certa giurisdizione dei T.A.R. e del Consiglio di Stato, resta riservata all'autorità giudiziaria» (F. SATTI, *Concessione di sola costruzione e giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1355).

⁽⁶⁰⁾ Cass. 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro amm.*, 1991, 655.

Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa in questo senso: T.A.R. Lazio, Sez. III, 30 settembre 1986, n. 3060, in *I Tar*, 1986, I, 3270 ss.; T.A.R. Liguria, 6 novembre 1987, n. 578, *ivi*, 1987, I, 177 s.; T.A.R. Lazio, Sez. II, 18 gennaio 1989, n. 53, *ivi*, 1989, I, 435; Cons. Stato Sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250, in *Cons. St.*, 1991, I, 1491.

Sulla impostazione accolta dalla Cassazione penale si veda la sentenza riportata alla nota 2.

sere altrimenti dato che la loro funzione è quella di assicurare la protezione dell'interesse pubblico, protezione affidata istituzionalmente all'ente concedente e solo per tramite della concessione trasferita dal concedente al concessionario».

Inoltre, il concessionario cui sono trasferiti poteri propri dell'Amministrazione concedente, agirebbe quale organo indiretto della Pubblica Amministrazione: «L'aggettivo "indiretti" mette in evidenza il fatto che questi soggetti non sono organi nel senso di titolari di uffici pubblici e per questo non agiscono in nome della Pubblica Amministrazione dalla quale sono state trasferite loro delle funzioni pubbliche, né si servono di mezzi forniti dalla P.A. Il sostantivo "organi" mette invece in evidenza che anch'essi, come gli organi diretti svolgono attività di natura amministrativa, in quanto esercitano pubbliche funzioni. Queste funzioni non potrebbero svolgere senza la avvenuta concessione a natura traslativa; ma in presenza di questa possono e debbono svolgerle sì che la concessione opera come investitura del concessionario ad operare, nell'ambito delle funzioni trasferite, con gli stessi poteri e con gli stessi obblighi che avrebbe un organo diretto della P.A.».

In vero, l'impostazione seguita non ha mancato di suscitare aperte critiche ⁽⁶¹⁾ o, comunque, perplessità, anche se si fa notare come il processo davanti all'autorità giudiziaria ordinaria non garantisca attualmente una rapida ed effettiva tutela delle posizioni private coinvolte nel procedimento di scelta del contraente da parte del concessionario ⁽⁶²⁾.

Risulta, infatti, difficile non osservare come, al di là di ogni operazione logica, il soggetto agente sia un imprenditore, che si muove secondo parametri propri del mercato.

Il quadro di riferimento in questi ultimi anni è molto mutato con l'introduzione di nuove norme ⁽⁶³⁾ volte ad addossare sempre più il rischio dell'iniziativa imprenditoriale alle società concessionarie, di modo che queste ultime siano stimolate al perseguimento di migliori livelli di produttività e di qualità del servizio.

⁽⁶¹⁾ G. AZZARITI, *L'attività del concessionario di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 384 s.

⁽⁶²⁾ F. PELLIZZER, *L'esercizio privatistico dell'azione amministrativa: il concessionario di opera pubblica (riflessioni in margine ad una pronuncia del giudice amministrativo)*, in *Le Regioni*, 1988, 64 s.

⁽⁶³⁾ Si veda l'art. 10 della Legge 24 dicembre 1993 n. 537 sopra richiamata.

In tal senso, come si è notato, è poco produttivo parlare di funzionalizzazione all'interesse pubblico dell'operato del privato per farne discendere la natura amministrativa dei suoi atti.

Come, del resto, si è fatto notare ⁽⁶⁴⁾, «È il provvedimento, o il contratto, di concessione che, provenendo da un soggetto – P.A. – la cui intera azione (e dunque anche quella di diritto privato: Giannini), è, e deve essere funzionalizzata al raggiungimento dell'interesse pubblico, ma non certo il momento esecutivo del rapporto così instaurato».

Tale momento esecutivo sta fuori dal campo di applicazione dell'art. 5 della legge sui TT.AA.RR. ed è estraneo ad elementi pubblicistici.

Tutto ciò risponde, del resto, alle esigenze di efficienza a cui è preordinato l'uso della concessione.

8. La responsabilità del gestore di autostrada

Chiarito che si può parlare di pubblico servizio in riferimento all'attività del concessionario, va considerata la questione relativa al risarcimento dei danni derivanti da difetto di manutenzione delle opere autostradali.

Esclusa la possibilità di applicare al caso di specie l'art. 2051 Cod. Civ. (responsabilità per cose in custodia) ⁽⁶⁵⁾, trattandosi di un bene la cui estensione non consente una vigilanza ed un controllo idonei ad evitare l'insorgenza di situazioni di pericolo, l'attenzione di dottrina e giurisprudenza si è concentrata sulla natura, contrattuale od extracontrattuale, della responsabilità del concessionario.

La soluzione a tale quesito (che comporterebbe per l'utente, qualora venisse ritenuto applicabile l'art. 2043, l'onere della prova della condotta colpevole tenuta dal gestore) dipende, secondo l'opinione prevalente, dalla qualifica da attribuire al pedaggio.

⁽⁶⁴⁾ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Concessione di pubblico servizio: problemi di giurisdizione e di effettività della tutela in tema di scelta del contraente e di rapporti tra amministrazione concedente e concessionario*, in *La concessione*, cit., 118.

⁽⁶⁵⁾ Cass. 15 ottobre 1977, n. 4417, in *Giur. it.* 1978, I, 1, 13; F. GARRI, *Responsabilità della pubblica amministrazione in materia di viabilità e circolazione stradale*, in *Riv. pol. loc.*, 1994, 574.

Secondo alcuni, tra cui la giurisprudenza sicuramente dominante ⁽⁶⁶⁾, esso consisterebbe in una tassa, cioè in una prestazione pecuniaria che l'utente deve al gestore per l'adempimento del pubblico servizio di cui personalmente usufruisce.

Per altri, invece, tra i due soggetti vi sarebbe un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive: perciò il pagamento del biglietto rappresenterebbe il prezzo della messa a disposizione della strada e dell'organizzazione relativa ⁽⁶⁷⁾.

In effetti, però, la natura di tassa del pedaggio è stata, come da più parti non si è mancato di notare, più affermata che dimostrata.

Va da sé che ogni considerazione al riguardo è subordinata alla stessa definizione del concetto di «tassa», sul quale non si può dire che vi sia unanimità di vedute in dottrina, e ad una risposta positiva al quesito (che ci siamo posti precedentemente) circa la possibilità che si possa considerare esercizio di un pubblico servizio l'attività del gestore di autostrada.

Tale tipo di tributo viene, infatti, definito come prestazione intesa a finanziare un servizio pubblico divisibile. Sono divisibili quei servizi la cui organizzazione è tale da renderli idonei ad essere prestati nei con-

⁽⁶⁶⁾ Cass. 18 marzo 1971, n. 779, in *Foro it.* 1971, I, 1212; A. Milano, 19 febbraio 1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 684; A. Milano, 15 gennaio 1965, in *Foro padano*, 1965, I, 1287.

In dottrina: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, 124; S. BALZARETTI, *Brevi spunti sulla responsabilità del gestore di autostrada*, in *Nuovo dir.*, 1995, 111; C. SAVASTANO, voce pedaggio, in *Enc. dir.*, Milano, 1982.

⁽⁶⁷⁾ Cass., 2 aprile 1937 n. 959, in *Giur. it.*, 1937, I, 1, 809; Cass., 2 aprile 1937 n. 960, in *Foro it.*, 1937, I, 1233; Cass., 30 gen. 1942 n. 318, in *Riv. amm.*, 1942, 232; Pret. Torino, 27 novembre 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 699.

P. GELATO, *Contrattualità del rapporto tra gestore di autostrada e utente*, in *Foro padano* 1988, I, 370; A. BARBA, *Sulla natura del rapporto di utenza autostradale*, in *Giur. it.*, 1987, 417 (il quale, però, ritiene che tra utente dell'autostrada e società concessionaria vi sia un rapporto contrattuale di fatto determinato dalla effettiva messa a disposizione del servizio autostradale e dalla effettiva fruizione di esso da parte dell'utente cui, per tipicità sociale, è collegato il pagamento del pedaggio); G. MANGIONE, «insidia» autostradale e perplessità sul pedaggio come tassa, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 685; MARIANI, *Note sul pedaggio autostradale natura della obbligazione di pagamento*, in *Cons. St.*, II, 1971, 840.

A.M. SANDULLI, voce *Autostrada*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 524, pur qualificando il rapporto in questione come contrattuale, ritiene che il gestore debba rispondere *ex art.* 2043 Cod. Civ. del mancato rispetto delle disposizioni che attengono all'organizzazione del servizio, in quanto queste ultime, avendo carattere interno, non farebbero sorgere obblighi nei confronti degli utenti.

fronti di coloro i quali ne facciano espressa richiesta (anche se questa sia obbligatoria) ⁽⁶⁸⁾.

Si sono manifestate, però, molte incertezze nell'individuare la linea di distinzione tra la tassa e il corrispettivo dei servizi pubblici.

Secondo alcuni ⁽⁶⁹⁾, anche a prescindere dal *nomen iuris*, si sarebbe di fronte ad un corrispettivo quando lo Stato ponga in essere dei servizi che ogni privato potrebbe organizzare. Mentre, qualora il cittadino sia tenuto al pagamento di una somma di denaro a fronte di un servizio che solamente lo Stato potrebbe prestare nella sua veste istituzionale di Ente dotato di sovranità, si sarebbe di fronte ad una tassa.

Altri ⁽⁷⁰⁾, invece, fanno notare come molte tasse riguardino attività pubbliche istituzionali tendenzialmente gratuite, al cui costo provvederebbe comunque lo Stato. La questione sarebbe di stabilire quanta parte delle spese sia opportuno far pagare all'utente per sostenere attività considerate, in un certo momento storico, essenziali alla funzione statale. Si deve notare, però, come sia sempre pericoloso basare le qualificazioni giuridiche su concetti così contingenti. Non è possibile approfondire in questa sede il dibattito che si è sviluppato su tale problematica e, quindi, formuliamo due considerazioni: in primo luogo, che quanto viene pagato dagli utenti dell'autostrada viene determinato in relazione al costo del servizio secondo criteri di economicità, e, secondariamente, che solo i corrispettivi di diritto privato sono assoggettabili ad imposta ⁽⁷¹⁾.

Questa considerazione risulta utile per determinare la qualifica che la legge attribuisce al pedaggio.

Infatti, il prezzo del biglietto è soggetto all'imposta sul valore aggiunto ⁽⁷²⁾ e gli enti concessionari di autostrade sono obbligati all'emissione della fattura per i pedaggi relativi ai transiti autostradali, previa richiesta scritta dell'utente interessato ⁽⁷³⁾.

Esso, quindi, non può essere considerato una tassa, ma l'oggetto di un'obbligazione privatistica.

⁽⁶⁸⁾ F. MOSCHETTI-G. LORENZON-R. SCHIAVOLIN - L. TOSI, *La capacità contributiva*, Padova, 1993, 57.

⁽⁶⁹⁾ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 1995, 22s.

⁽⁷⁰⁾ R. LUPI, *Diritto tributario Parte generale*, Milano, 1995, 67.

⁽⁷¹⁾ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 1995, 22 s.

⁽⁷²⁾ Art. 22 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633.

⁽⁷³⁾ Art. 1 del D.M. 20 luglio 1979.

In questo modo sembrerebbe potersi qualificare la responsabilità del gestore dell'autostrada per cattiva manutenzione come contrattuale.

Si impongono, però, alcune osservazioni. Il danno subito dall'utente, poniamo al proprio patrimonio o alla propria persona, ha natura, si è detto, contrattuale, in quanto dovuto all'inadempimento di un'obbligazione, ma esso è stato anche arrecato in violazione della norma da cui discende il diritto assoluto all'integrità fisica, e da questo punto di vista si configura come danno extracontrattuale.

Si è ritenuto ⁽⁷⁴⁾ che in casi del genere, in cui vi è un interesse menomato e un fatto produttivo di tale menomazione, ma vi è il mancato rispetto di due norme distinte, il danno presenterebbe contemporaneamente natura contrattuale ed extracontrattuale.

Tra quanti sostengono quest'impostazione non c'è, però, identità di vedute. Alcuni autori ritengono che ci troveremmo di fronte ad un concorso di azioni: per altri, invece, l'azione sarebbe una soltanto. Questi ultimi, infatti, osservano che unico è l'obbiettivo cui essa tende ed unico il danno. Il carattere contrattuale o extracontrattuale di tale elemento sarebbe solo una qualificazione della *causa petendi* che non ne altererebbe l'identità.

Essendoci un concorso di norme applicabili, il danneggiato potrebbe così scegliere alternativamente tra esse. Si è anche osservato che, di fronte ad un'unicità d'azione, non si potrebbe né impedire all'attore di invocare, in un successivo grado di giudizio, una norma diversa da quella cui egli si è anteriormente richiamato, né sostenere che il giudice si pronunzi *ultra petita* se applica una norma diversa da quella invocata dall'attore.

Tenendo, dunque, conto della possibilità che al gestore dell'autostrada possa essere contestata una responsabilità extracontrattuale risulta utile ora dare uno sguardo a come si configura la responsabilità per i danni subiti dagli utenti delle strade ordinarie in dipendenza di una carente manutenzione di queste.

In primo luogo, si deve precisare che la costruzione, la manutenzione e la riparazione delle strade sono rimesse alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione e l'utente non può vantare alcun diritto soggettivo al riguardo.

⁽⁷⁴⁾ Sul punto, con rimandi a dottrina e giurisprudenza, diffusamente: A. DE CUPIS, *Il danno*, I, 113 ss.

La giurisprudenza, comunque, è univoca nel ribadire che essa è tenuta ad osservare non soltanto i limiti di legge, ma anche il principio del *ne-minem laedere*.

Il quale consisterebbe nel dovere generico di non ledere l'altrui sfera giuridica.

Tale formula, però, risulta fuorviante poiché non è che la sintesi di tutti i doveri specifici imposti verso gli altri soggetti, a cui corrispondono i diritti assoluti. Non si dice, dunque, nulla di più oltre al fatto che anche l'Amministrazione è tenuta al loro rispetto.

Ma in quali casi l'Amministrazione è tenuta al risarcimento?

Un orientamento giurisprudenziale del tutto costante ritiene che l'obbligo di risarcire il danno sussista quando la carente manutenzione della strada abbia determinato una situazione di pericolo occulto, cioè un'insidia non visibile e non prevedibile ⁽⁷⁵⁾.

Entrambi questi elementi, quello oggettivo della non visibilità e quello soggettivo della non prevedibilità, si influenzano reciprocamente.

Infatti, non è sufficiente per escludere la responsabilità della P.A., l'accertamento dell'astratta possibilità d'una tempestiva percezione del pericolo, dovendosi considerare che lo stato soggettivo, in cui il conducente legittimamente versa, può incidere in misura determinante, ritardando lo stesso momento dell'avvistamento.

La responsabilità della Pubblica Amministrazione è di natura extracontrattuale e perciò l'onere della prova della colpevolezza è a carico del danneggiato ⁽⁷⁶⁾.

Nelle pronunce della Cassazione e della magistratura di merito si nota, però, l'assenza di un'autonoma valutazione della colpa dell'ente tenuto alla manutenzione, data per presupposta una volta accertata l'esistenza del pericolo occulto ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ Cass., 23 gennaio 1960, n. 66, in *Foro amm.*, 1961, II, 177; Cass., 24 maggio 1964, n. 1348, in *Foro amm.*, 1964, I, 415; Cass., 18 settembre 1986, n. 5677, in *Riv. giur. polizia locale*, 1987, 626; T. Padova, 5 dicembre 1984, in *Giur. merito*, 1985, 431; Pret. Salerno, 19 aprile 1994, in *Giur. di merito*, 1995, 486 («Va affermata la responsabilità della P.A. per i danni subiti dal conducente di un autocarro a causa dell'improvviso affossamento del piano stradale, non visibile e non prevedibile dall'utente»).

⁽⁷⁶⁾ Pret. Caserta, 1° febbraio 1994, in *Giur. di merito*, 1995, 486.

⁽⁷⁷⁾ Cass., 29 novembre 1966, n. 2806, in *Foro amm.*, 1967, I, 1, 216; Cass., 27 aprile 1968, n. 1329, in *Foro amm.*, 1968, I, 1, 488; Cass., 21 febbraio 1970, n. 409, in *Foro amm.*, 1970, I, 1, 209. Pret. Eboli, 12 ottobre 1993, in *Giur. di merito*, 1995, 486 («l'attribuzione di un potere

D'altra parte, se l'utente dimostra la non visibilità e la non prevedibilità dell'insidia viene anche generalmente esclusa la possibilità che vi sia un concorso di colpa del danneggiato.

In dottrina ⁽⁷⁸⁾ si è però criticata l'impostazione ormai costantemente seguita dalla giurisprudenza.

In particolare, si dubita della necessità di riscontrare la non prevedibilità del pericolo per affermare la responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Viene, infatti, posto l'accento sul legittimo affidamento dell'utente sulle condizioni di normalità e non pericolosità della strada, in quanto aperta al pubblico transito. In tal modo un pericolo, in quanto obiettivamente occulto, sarebbe per ciò stesso imprevedibile.

Nel contempo, però, i sostenitori di quest'impostazione sollecitano una maggior attenzione da parte della giurisprudenza nei confronti del comportamento tenuto dall'utente ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 co. 1° Cod. Civ., riguardante il concorso colposo per il fatto del danneggiato.

9. Osservazioni conclusive

La gestione dell'autostrada da parte del concessionario si presenta oggi sempre più complessa. Questa, infatti, si articola in diversi adempimenti che richiedono un'organizzazione di persone, di beni e necessitano sempre più dell'utilizzo di nuove tecnologie.

Non convince, dunque, la posizione di chi nega che sia riscontrabile in tale fenomeno l'esistenza di un'attività. Osservazione questa, criticata, che dovrebbe escludere l'esercizio di un pubblico servizio da parte della Società Autostrade, in quanto proprio la possibilità di rilevare un'attività è uno degli elementi individuati dalla dottrina come caratterizzanti tale nozione.

discrezionale alla Pubblica Amministrazione circa la manutenzione delle strade non esime dall'osservanza delle cautele atte a non esporre a pericolo l'incolumità ed i beni dei cittadini. Nella fattispecie di danno imputabile alla Pubblica Amministrazione per «l'insidia o il trabocchetto» la colpa è insita nell'accertamento dell'esistenza del pericolo occulto»).

⁽⁷⁸⁾ E. TOMMASI, *La responsabilità civile dei proprietari delle strade. Danni derivanti da difetto di manutenzione in relazione anche all'orientamento dei principali sistemi giuridici europei*, in *Nuova Rass.*, 1991, 829 s.

Infatti, di fronte alla complessità di questi compiti si è preferito che la Pubblica Amministrazione affidasse l'esercizio dell'autostrada a società di diritto privato, anche se molto spesso a detenere il loro pacchetto azionario sono stati enti pubblici.

Tale tipo di concessionari da un lato sono dotati di strumenti operativi più agili, dall'altro agiscono per scopo di lucro.

Tutti elementi che dovrebbero accentuarsi nei prossimi anni, dato l'interesse che dimostrano i gruppi privati a divenire concessionari di alcune autostrade. Questa diversità di filosofia induce inoltre a negare natura pubblicistica all'attività svolta dal gestore autostradale, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di giurisdizione e di applicabilità della normativa sugli appalti pubblici di servizi.

Sotto un altro profilo, anche se collegato alle problematiche precedenti, come si è tentato di mettere in evidenza, emerge l'aspetto della responsabilità nei confronti degli utenti per i danni conseguenti alle carenze nella gestione dell'opera.

Qui il ricorso ai principi generali, a causa della mancanza di una chiara e specifica normativa sul punto, rendono il quadro di riferimento molto confuso.

Va da sé che tale situazione d'incertezza non si addice certo ad un fattore così importante per lo sviluppo della nostra economia.